

法律现实主义与 转型社会刑事司法

胡 铭^{*}

内容提要：我国社会正处于转型期，各种社会矛盾凸显，刑事司法面临着新的挑战。西方的法律现实主义能为我国转型期刑事司法提供可资借鉴的方法论和改革思路。法律现实主义运动在批评形式主义与三段论式审判的基础上，把法律看作具有多重目标的社会引擎，关注司法行为、纠纷解决与社会问题。在中国语境下，引入法律现实主义，不是要简单地否定形式主义，而是应理性对待形式主义并在其中融入客观主义；应在刑事司法裁判中适用利益权衡，重视经验归纳而不拘泥于简单的演绎推理；应以实现社会正义为核心，构建合理衔接的多元纠纷解决机制。

关键词：法律现实主义 转型社会 刑事司法

对于中国这样一个正处于社会转型期的大国来说，刑事司法改革的路径选择很大程度上影响着国家的稳定、和谐甚至兴衰。当下，刑事诉讼法再修改已经启动，这是促进司法公正，实现社会正义的重要契机。笔者认为，理想主义的改革纵然能让我们心潮澎湃，大量引进西方的刑事诉讼制度貌似法治建设的巨大进步，却未必能够解决中国的现实问题，而契合于我国转型期社会特点、关注司法现实条件、渐进式的改革才是理性的选择，这便是法律现实主义语境中的刑事司法改革路径。

一、法律现实主义的渊源及其内涵

法律现实主义是一个很容易被误读的概念，其并不意味着法律向现实低头，不意味着无原则的折中主义，和哲学或文学中的现实主义也没有什么直接关联。美国学者富勒说：“法律现实主义和哲学的现实主义没有多大关系。相反，它所使用的描述和制度的方法和过去数十年经济学、政治学和社会学中的行为主义比较接近。”〔1〕为了更好地理解法律现实主义的内涵，有必要从源头上进行一番梳理。

* 浙江大学光华法学院副教授。

本文系笔者主持的2009年度教育部人文社科项目“转型期多元纠纷解决机制的实证研究”（批准号09YJC820105）的研究成果，并得到了国家211工程第3期建设项目“转型期法治理论、制度和实证研究”的资助。

〔1〕 转引自张芝梅：《美国的法律实用主义》，法律出版社2008年版，第63页。

（一）法律现实主义的渊源

法律现实主义运动肇始于20世纪20—30年代，当时的经济大萧条使得西方国家陷入了前所未有的危机。从经济上来看，这场危机对世界经济是个大不幸，但法律现实主义却应运而生，危机给现实主义法学挑战传统法学提供了经济基础与经济材料，也成就了现实主义法学产生的经济根源。当下席卷全球的金融危机，与当年的经济危机有着诸多相似之处。^{〔2〕}从政治上来看，经济大萧条所引发的社会矛盾激化、阶级斗争尖锐和国际形势突变，既是经济根源的必然结果，也为法律现实主义提供了政治基础。从哲学上来看，实用主义哲学则是法律现实主义产生的理论基础，^{〔3〕}特别是围绕着信念、行动和效果等展开的哲学讨论。在经济大萧条的背景下，实用主义因比理想主义和极端主义更能体现出务实性与可操作性而被推崇。

从刑事司法的角度来看，法律现实主义最初是建立在批判形式主义局限性的基础上的。霍姆斯的思想被认为是对形式主义司法的批判之源头。霍姆斯在《普通法》开篇写到：“法律的生命不在于逻辑，而在于经验。对时代需要的感知，流行的道德和政治理论，对公共政策的直觉，不管你承认与否，甚至法官与其同胞们所共有的偏见对人们决定是否遵守规则所起的作用都远远大于三段论。法律包含了一个民族许多世纪发展的历史。它不能被当作只包含公理和推论的一本数学书。”^{〔4〕}霍姆斯的上述观点对于重新思考逻辑、经验、司法推理三段论和形式主义在法律中的作用产生了很大的影响。

在当时，强调形式的概念法学占据着主导地位，在司法中主要表现为广泛运用三段论的方法，即以法律规定或判例作为大前提，以具体的事实作为小前提，然后推导出机械的、形式的结论。不少学者认为，法官的判决不外乎是“法律的精确复写”，法官不过是“宣告法律的嘴”，是“自动售货机，投进去的是诉状和诉讼费，吐出来的是判决和从法典上抄下来的理由”。^{〔5〕}当时认为，对于刑事司法，只要坚持法律规定的程序并将实体法律采用三段论式的方法适用到具体的刑事案件中，就能得到公正的裁判结果。

针对上述强调形式的概念法学，法律现实主义者对其局限性给予了坚决的批判。如卢埃林、弗兰克等学者以耶鲁大学法学院、哥伦比亚大学法学院等为主要阵地，借鉴并发展了霍姆斯的思想，形成了一套新的与现实相适应的法学理论。法律现实主义者强调人类特质在作出裁判过程中的作用，指出事实超过概念，主张法律必须在社会环境中来研究。他们渴望从其他学科中为法学理论找到有益资源，试图将法律与心理学、社会学、经济学、历史学和其他社会科学相结合；^{〔6〕}并且着力于将一些新兴的社会科学研究方法引入法学研究，例如经济分析的方法、行为

〔2〕 相隔近80年的这两次经济危机显然有所差异，但也存在不少共同特征：（1）波及范围极广。危机都从美国开始，蔓延至欧洲、亚洲等其他国家，造成全球性剧烈震荡。（2）传导速度极快。危机一经爆发迅速传导至相关经济领域，引起了各个行业的衰退。（3）破坏性极大。造成金融资产大幅缩水，社会生产迅速萎缩，失业率骤升，消费力下降，普遍性经济下滑。（4）延续时间极长。20世纪30年代的经济危机持续了4年之久，而此次美国金融危机引起的经济衰退亦不可能迅速消除。（5）各国政府都采取了相应的宏观调控政策，以求刺激经济、摆脱衰退。

〔3〕 实用主义最初起源于英国和美国的哲学家，到了20世纪初，在美国发展成一种运动，并且蔓延到欧洲大陆，主要是法国和意大利。实用主义把哲学从一种人生观的思想体系降为一种研究问题和澄清信息的批判方法，把知识解释为一种评价过程，以科学探索的逻辑作为人们处世待物的行为准则。在我国，实用主义曾被许多人片面地认为是市侩哲学，到了20世纪90年代之后，才有了较为全面、客观的认识。在实用主义大旗下派生出的不少分支，如“人本主义”、“工具主义”、“逻辑经验主义”、“逻辑学派”等，已经被我们日益接受并发挥着诸多影响力。

〔4〕 Oliver W. Holmes, *The Common Law*, in William W. Fisher III, Morton J. Horowitz, Thomas A. Reed (eds.), *American Legal Realism*, Oxford University Press, 1993, p. 9.

〔5〕 Max Weber, *On Law in Economy and Society*, Trans. Edward Shils, Max Rheinstein, Harvard University Press, 1954, p. 354.

〔6〕 See Karin M. Wentz, *Legal Realism at Yale, 1927—1960*, 85 Mich. L. Rev. 1160 (1987).

主义的方法、心理学与精神分析的方法等，在方法论上为法学研究作出了新的贡献。

代表性学者卢埃林认为，形式主义并不能真正解决现实中的问题，仅考虑法律的终极目标或者法律的应然问题是远远不够的，而且这些并非司法的关键所在。卢埃林将司法的实际运行看作是法律的重点，特别注重法官的行为。“关于法律的最富有成效的趋势，就是把法律看作具有多重目标的社会引擎（能量巨大的引擎），而不在于其价值本身；越来越清晰地看到人们由过去常常重视法律语言转向了更加重视可见行为（任何可以看到的态度和思想模式都应该包括在内）。现在，法学研究的核心明显地转向了社会关系，转向了人的相互行为，官方调整行为和那些影响官方调整的行为或受官方调整影响的行为。”〔7〕弗兰克也批判了用形式的、演绎的三段论推理构筑判决形成过程的观点，他指出，“心理学家们告诉我们，判决的过程很少从一个前提出发，然后由此前提得出结论。判决毋宁是以其他方式开始的——从一个或多或少模糊地形成的结论；一个人通常是从这样的结论出发，然后才试图去寻找证明它的前提。”〔8〕

进而言之，法律现实主义不再单纯关注既定的规则和明确的法律，而是更关注司法本身的过程，把注意力集中于具体纠纷的解决。在刑事司法中，法律现实主义者厌恶形而上学的、纯理论的人权保障或者严惩罪犯的思想观点，希望把案件处理的过程集中于相关法律与现实社会的关系上，关注现实社会中纠纷的解决，反对隔离刑事司法与社会关系的空谈。其特别强调的是刑事司法中的司法行为问题，如审判的过程，并主张采用心理学的方式来解释什么是“现实”的法律与司法过程。

当然，我们应该看到，法律现实主义运动兴起时西方国家的情况与中国当前的情况是有所不同的。西方各国在经历了严格的形式法阶段之后，追求实质化和纠纷解决的非法制化成为比较突出的趋向；而中国在经历了长时间的实质化、非法制化甚至是反法制化之后，形式化成为当前需要特别强调的方向。但这种差异并不能抹杀法律现实主义对我们的价值，毕竟关注刑事司法与社会现实的关系以及相关的方法论，对今天的中国同样具有重要的启发意义。

（二）新法律现实主义与美国当代刑事司法

如果说法律现实主义运动主要是从理念层面改变着美国的现代司法，那么近年来勃兴的新法律现实主义则为美国当代刑事司法改革注入了直接的驱动力，如对刑事司法行为的关注、社会纠纷解决的导向以及问题解决型法庭、恢复性司法、治疗性法理（therapeutic jurisprudence）〔9〕等。

新法律现实主义，也有学者将其称为“法律与现实”运动（Law and Reality movement）或者“现实主义法律研究”运动（Realistic Legal Studies movement），以区别于旧法律现实主义运动。〔10〕新法律现实主义强调新的和提高了的关于现实世界对司法影响的理解，以实证研究作为主要方法，试图更好地运用法律来维持社会秩序。美国学者在评论新法律现实主义时指出，“我们认为，许多新兴的关于司法行为的实证研究是新一代法律现实主义的最好的理解。”〔11〕近来，总的来说，法学教授们对于实证研究的欲望增长很快，法学院中的实证研究已经变得十分流行以

〔7〕 Karl N. Llewellyn, *A Realistic Jurisprudence—The Next Step*, 30 Colum. L. Rev. 464—465 (1930).

〔8〕 Jerome Frank, *Law and Modern Mind*, in William W. Fisher III, Morton J. Horwitz, Thomas A. Reed (eds.), *American Legal Realism*, Oxford University Press, 1993, p. 205; 另可参见付池斌：《现实主义法学》，法律出版社2005年版，第120页以下。

〔9〕 治疗性法理着重于研究法律对人的行为、情绪和心理健康的影响，特别是采用多学科方法测试法律和心理健康之间的相互作用，借鉴了许多心理学研究的成果，并将其应用于司法实践。See Black's Law Dictionary' 9th ed, West Group, 2009, p. 933.

〔10〕 See Daniel A. Farber, *Review: Toward a New Legal Realism*, 68 U. Chi. L. Rev. 303 (2001).

〔11〕 Thomas J. Miles, Cass R. Sunstein, *The New Legal Realism*, 75 U. Chi. L. Rev. 834 (2008).

至于组成了他们自己的法律学术的分支，即“实证主义法律研究”。〔12〕新法律现实主义的一个显著特征是近距离地审视案件，以求理解司法的个性化，理解可试验的路径与影响裁判结果的因素，理解法律制度如何强制地或非强制地施加影响；同时，认真观察实践中的纠纷解决机制，在正式的刑事司法程序之外理解与尊重民间纠纷解决的习惯和当事人的自决权，试图探寻诉讼与非诉讼相结合的多元纠纷解决机制及其价值。

新法律现实主义不同于旧法律现实主义的一个重要特点是，它注重对于基层社会纠纷和司法行为的深入观察与实证研究。美国新法律现实主义学者不再像其前辈那样将主要关注点集中于联邦最高法院的判例与司法，而是细致入微地对基层法院和民间纠纷解决进行研究，如耶鲁大学埃里克森教授对加利福尼亚州夏斯塔县的牧民如何解决牲畜越界纠纷进行了实地调查，由此出发探讨了一套完整的非正式规范模型，成为“法律与现实”规范研究的经典之作。〔13〕这种试图在正式的司法程序之外探寻纠纷解决有效机制的尝试，对于刑事司法同样有着重要的意义，即非诉讼纠纷解决机制在刑事司法中的运用，如“被害人—加害人和解”（Victim—Offender Reconciliation）模式近年来在美国的兴起，该模式甚至可以适用于包括死刑案件在内的各种严重犯罪，便是这种理念的践行。

新法律现实主义的另一个重要发展是有效借鉴了经济学、管理学、社会学等其他学科的新理论，如公共选择理论（Public Choice Theory），〔14〕这种科际整合的思路对于刑事司法亦很有价值。公共选择理论在经济学和管理学等领域取得的成就有目共睹，而新法律现实主义对于公共选择理论的借鉴，极大地丰富和发展了法律与司法的相关理论。如公共选择理论提供了预测人们行为的强有力的基石和提出了“政府失灵”理论。法律必须植根于对人们行为的理解，同时需要对司法为什么有时会“失灵”作出解释。这种理解和解释显然需要得到其他社会科学的帮助。“没有作用的法律在其意义上接近于零……为了知道法律的作用，不去研究法律所影响的人们是不可能的。”〔15〕为了应对“司法失灵”，民众的参与和多元纠纷解决机制的引入，成为一种思路。如面对刑事裁判常常漠视被害人利益的问题，恢复性司法能够提供有效的解决路径，通过让被害人、加害人以及社区民众的有效参与和互动协商，以达到被害人得到有效补偿、加害人真正地悔过自新、社区秩序得以恢复等良性目标。

新法律现实主义还发展出了若干很有影响的分支，如波斯纳法官认为法律的经济分析是美国法律现实主义兴起后在法律思想领域的一个最重要的发展，〔16〕而对于刑事司法的经济分析现在亦被不少学者所倡导。“毕竟，法律现实主义的支柱之一即是运用社会科学的方法来理解和提供法律体系的运作。经济学对法律学者在这方面的诉求来说，已经成为一个非常宝贵的资源。”〔17〕通过引入成本、效益等理论，使得司法行为得到更好的解读，并为改革提供现实的路径。如美国

〔12〕 专门的研究组织成立了，如“实证主义法律研究学会”（The Society for Empirical Legal Study）；一些专门以法律实证研究为内容的杂志也诞生了，如《实证主义法律研究杂志》（Journal of Empirical Legal Study）。See Peter H. Schuck, *Why Don't Law Professors Do More Empirical Research?*, 39 J. L. Edu. 331 (1989).

〔13〕 参见 [美] 罗伯特·C·埃里克森：《无需法律的秩序——邻人如何解决纠纷》，苏力译，中国政法大学出版社2003年版，第47页以下。

〔14〕 公共选择理论是一种以现代经济学分析民主立宪制政府的各种问题的学派。公共选择理论研究选民、政治人物以及政府官员们的行为，假设他们都是出于私利而采取行动的个体，以此研究他们在民主体制或其他类似的社会体制下进行的互动。代表性学者包括布莱克、布坎南、图洛克、奥斯特罗姆等。See James Buchanan, *The Constitutional of Economic Policy*, 77 Am. Econ. Rev. 243 (1987).

〔15〕 Karl N. Llewellyn, *Some Realism about Realism—Responding to Dean Pound*, 44 Harv. L. Rev. 1249 (1931).

〔16〕 See Richard A. Posner, *Values and Consequences*, in Eric A. Posner, *Chicago Lectures in Law and Economics*, Foundation 2000, pp. 189—191.

〔17〕 前引〔10〕，Farber文。

的问题解决型法庭并不拘泥于诉讼程序，而是将问题解决作为基本指导思想，采用灵活的审判与处罚方式，强调当事人的参与、互动，尤其是针对毒品犯罪、家庭暴力犯罪、未成年人犯罪、精神疾病类犯罪、赌博犯罪等，收到了很好的效果。

（三）什么是法律现实主义

那么，究竟什么是法律现实主义呢？美国学者作了如下阐释：“对于法律现实主义的定义，现实主义这一术语并不被界定为某一系统的理论。虽然如此，该术语提供了一些关于法律现实主义运动是什么的一般线索。对于法律现实主义者，现实主义首先似乎已经意味着一种方法，即刺穿对法律的制度性虔诚，并集中于法律在现实世界中的操作。”〔18〕换言之，与其说法律现实主义是一种法学流派，不如说是一种方法论，即法律现实主义是一种以实用主义哲学为基础，以法的客观社会现实为研究对象，突出强调法官行为并注重司法效果的方法论。“法律现实主义者认真地致力于研究法律制度和法律程序以及其运作的环境。他们力图解释在法律程序中发挥作用的为；注意力集中在行为的政治、社会和心理方面。法律现实主义增加了法研究的实际分量，而且极大地加深了我们对法律制度的理解。”〔19〕

对于法律现实主义的具体特征，卢埃林将其归纳为以下九个方面：（1）法律的概念随着法律以及法律中的司法创新的变化而变化。（2）法律的概念是达到社会目的的一种手段，而不是目的本身。因此，法律中的任何一部分需要经常地以其目的和效果来检验，并且要从这两个方面以及它们彼此之间的关系来判断。（3）社会的概念也是不断变化的，而且通常比法律变化得更快，因此要不断重新检视各部分法律与社会需要相适应的程度。（4）为了研究，可暂时对“实然”和“应然”进行区分……但这种区分不是永久的。（5）对传统的以法律规则和概念来描述法院和人们的实际行为持怀疑态度。（6）与对法律规则（从描述性角度）不信任相关的是，对法律规则在法院判决中起重要作用的理论也持怀疑态度。（7）认为以比过去更狭义的范畴对各种案件和法律情况进行分类是有意义的。（8）坚持从法律效果来评价法律的任何一部分，并且认为寻找法律的效果是有意义的。（9）坚持以上述方针，持久地和有计划地解决法律问题。〔20〕

法律现实主义者主张在社会中研究法律，在法律中研究社会，从而拉近法律与社会的距离；强调法律研究的重点不能仅局限于成文的规则，更应该扩展到具体的法律运作过程，特别是司法过程，实现从规则向行为，从书本中的法律向现实中的法律的转变。

尽管法律现实主义运动曾受到美国主流法学理论的批评，如针对法律的不确定性、规则怀疑论等问题的质疑，但是经过近百年的发展，法律现实主义的许多观点在潜移默化中实际上已被以美国为代表的西方国家学者普遍认可。比如说政治对法律的影响、社会对法律的影响、法律的非至上性、司法与纠纷解决的关系等，并对现实中的司法运作有着重大的影响。正因为如此，辩诉交易等被中国学者批判为“不讲原则”的制度，在美国却对这种“委曲求全”有着普遍的认同。

二、法律现实主义对于现代刑事司法的意义

法律现实主义对于现代刑事司法的意义，主要体现在以下三个方面：

（一）有助于现实纠纷的解决：以夏斯塔与宋村的经验为例

法律现实主义立足于现实纠纷的解决，而不是纠缠于抽象的公平正义原则和严格守法的教

〔18〕 Wouter de Been, *Legal Realism Regained: Saving Realism from Critical Acclaim*, Stanford University Press, 2008, p. 3.

〔19〕 前引〔8〕，付池斌书，第4页。

〔20〕 参见前引〔1〕，张芝梅书，第67页。

条。如埃里克森通过对美国加利福尼亚州夏斯塔县纠纷解决的长期观察，以现实主义理论诠释了纠纷解决的路径。在夏斯塔县的牲畜越界、栅栏修建与维护费用等纠纷中，当地的牧民往往不诉诸于法律，而是通过一套非正式的规范来调节，后者是基于长期交往所内生出来的。当地的法律将一个地方规定为开放或封闭的区域，但这对于居民如何解决牲畜越界或离散牲畜所引发的纠纷并没有什么显著的效果。反而是关系紧密的群体内成员们自行开发并保持的一些非正式规范对于解决问题更为有效，“一个关系紧密之群体的成员为了把他们的日常互动管起来，他们一般会开发出一些非正式的规范，其内容是为了使该群体成员之客观福利得以最大化。”〔21〕也就是说，夏斯塔县的牧民寻求的是一种法律之外的非正式社会控制力量。他们对不轨者的回应措施有温和的议论、轻度的威胁直至强力扣押或毁坏财产，其中包括毒死、射杀或阉割越界牲畜等暴力措施。对于这种非正式规范的选择，一方面是因为法律途径成本的高昂，更为重要的是人们认为这种习惯规则的实体内容更可能是福利最大化的。虽然这些措施主要是针对民事纠纷，但由于严重的民事侵权很可能转化为一种犯罪行为，使得这些非正式的社会控制措施在当地的刑事案件中也同样发挥了重要作用，特别是对于因为邻里纠纷、牲畜越界引发的伤害案件具有现实意义。

当然，埃里克森在研究中也认识到了“非正式控制”本身的局限性，在他看来，“规范都有其局限，而法律则有其地位”，因此我们需要“以法律来强化非正式控制”。〔22〕不少法律现实主义的代表性学者曾努力将非正式控制纳入到法律体系中去，如卢埃林曾尝试将商业习惯纳入美国《统一商法典》。

埃里克森在大量田野调查与访谈之后，最终得出的结论是：“法律制定者如果对那些促进非正式合作的社会条件缺乏眼力，他们就可能造就一个法律更多但秩序更少的世界。”〔23〕这一结论很值得我们回味与关注。

夏斯塔县的故事不仅是一个美国化的故事，在中国也有类似的故事，如董磊明在《宋村的调解》一书中采用了类似于埃里克森的解释路径，通过田野调查，对宋村这样一个小村落的纠纷解决进行了诠释。在传统中国的村庄秩序维系中，除了情、理、法之外，暴力是一个不可忽视的影响因素。但近年来，以血缘为基础的小亲族日益理性化，“国家权力和法律下乡使这种常态生活发生了改变，村庄日常秩序日趋表现出现代式的平等，纠纷及其解决中的暴力因素日趋减少，‘打多少钱的架就要赔偿多少钱’，这日益接近平等的秩序理想。”〔24〕

也许有人会说，夏斯塔县和宋村的纠纷解决是建立在相对封闭的地方经验的基础上的，在传统社会也许会有意义，但是对于今天钢筋混凝土构建起来的城市是没有意义的。真的是这样吗？且不说城市社区的存在，也不说各个聚居地的差异，就从现代人沟通的方式来看，仅仅严格地遵守形式主义的律法，并不能维持统治者所希望的社会秩序。特别是在互联网时代，以人肉搜索、论坛、BBS等为媒介，形成了新的非正式规则，而这种新的非正式规则的力量决不可小觑。埃里克森清晰地认识到了这一点，他明确指出：“计算机时代的到来创造了这样一种可能性，即非正式控制体系将从法律体系那里重新收回某些地域。”〔25〕

（二）培塑以问题解决为导向的刑事司法观

法律现实主义培塑的是与传统的刑事司法观有所差异的问题解决型司法观。很长一段时间以来，以美国的正当法律程序为代表的刑事诉讼公正观成为我国诉讼法学者推崇的典范，尤其是美

〔21〕 前引〔13〕，埃里克森书，第350页。

〔22〕 同上书，第350页以下。

〔23〕 同上书，第354页。

〔24〕 董磊明：《宋村的调解——巨变时代的权威与秩序》，法律出版社2008年版，第142页以下。

〔25〕 前引〔13〕，埃里克森书，第353页。

国宪法修正案中规定的一系列权利：“一切刑事诉讼中，被告应享受下列权利：由犯罪行为发生地的州和地区的公正陪审团予以迅速和公开的审判……获知控告的性质和原因；同原告证人对质；以强制程序取得有利于自己的证据；并取得律师帮助为其辩护”为我国学者津津乐道。然而，这一系列描述得非常“动人”的权利，是否真的在美国的刑事司法中得到很好的贯彻？是否能够起到创设刑事司法程序的目的？是否能够满足人们对于司法公正的预期？面对这些问题，法律现实主义者提出了质疑。

美国纽约州原首席法官朱迪斯·凯耶曾经发表评论，“让我们面对这样的事实：今天，州法院的许多案件并非复杂的法律问题。但是，这些案件涉及的人们却有着复杂的生活……今天的许多案件中，传统的方法不得不让步于不能令人满意的结果。毒品上瘾者因为贩卖毒品而被依法逮捕，过了一段时间后，他们仍旧回到街上贩卖毒品。被殴打的妻子获得了一个保护令，回到家后再次被殴打。在完全按照法定程序进行中，虽然每个诉讼当事人的法律权利得到了保护，但是我们并没有对潜在的问题引起注意。这对有关当事人并不好，对整个社会并不好，对法庭并不好。”^[26]凯耶法官所描述的是这样一个场景，即美国的法庭按照标准的程序来规范地处理案件，在法律上显然是正当的，但这并没有使法律保护民众和改善社会秩序之目的得到真正实现。因为僵化的程序、严格的执法虽然严惩了罪犯，却并不能真正使得这些犯罪的人回归社会并改恶从善。这也是为什么当下美国的很多法官、检察官和律师开始反思：他们究竟是问题解决者还是仅仅是案件的程序执行者？

针对这样的问题，在法律现实主义理念与方法论的指引下，问题解决型司法从20世纪80年代中期开始在美国出现，并逐渐发展成为一种新型的现代司法模式。其推崇的核心理念是法庭能够更有效地将司法资源集中于程序和结果，前者关注的是保证司法过程是公正的，后者侧重于帮助被害人、矫治犯罪人的行为和提升公共安全。经过20多年的发展，问题解决型司法已经在美国、英国、加拿大、澳大利亚等西方国家得到了长足的发展，并被认为是一种非常有利的司法经验。

以问题解决型司法为导向的法庭，被称为问题解决型法庭（problem-solving courts），其寻求通过持续关注 and 某种治疗性的介入，在司法中对被追诉人的个人情况和个人行为进行考量，包括精神疾病、逃学、家庭暴力、无家可归、吸毒、卖淫等情况，并提出针对性的犯罪解决方案。自从第一个问题解决型法庭在1986年成立以来，问题解决型法庭在美国已经得到了迅猛的发展，近年来这种趋势日益明显。截止2007年12月31日，在美国已经有了3204个问题解决型法庭，比2004年增加了94%。^[27]其中包括毒品法庭、精神疾病法庭、家庭暴力法庭、逃学法庭^[28]、枪支法庭、赌博法庭等，又以毒品法庭数量最多。

法律现实主义指引下的问题解决型法庭和美国传统法庭有着很大的区别：首先，传统法庭采用对抗式程序来寻求对案件的法律上的解决，法官被定位为运用法律和程序的裁判者；而问题解决型法庭采取合作式程序以达到治疗性的结果，法官被视为是综合运用社会科学的一般原则来人性化地推行犯罪解决方案的教练员。其次，传统法庭强调非常正式的庭审和严格依照法律做出裁断；问题解决型法庭却常常进行相对非正式的庭审，采取许多不同于严格的法定程序的做法。再

[26] Judith S. Kaye, *Making the Case for Hands-on Courts*, Newsweek, Oct. 11, 1999.

[27] Paul Higgins, Mitchell B. Mackinem, *Problem-Solving Courts: Justice for the Twenty-First Century?* ABC-CLIO, LLC, 2009, p. ix.

[28] 美国的逃学法庭（truancy court）是追究逃学学生的父母或监护人法律责任的法庭，逃学学生的父母或监护人因为没有尽到监管责任而要承担罚款，甚至是监禁的刑罚（实际上几乎不会发生）。美国现共有300多个逃学法庭。

次，传统法庭的目标是要合理地尽快处理案件；而问题解决型法庭为了更好地处理复杂的问题常常要花费几个月、一年甚至更长的时间。

从长远来看，以问题解决为导向的刑事司法观对于刑事诉讼具有普遍的意义。毕竟，刑事司法裁判显然需要更多考量社会的要求和真正解决问题的需要，而且这也是柔和僵化的、机械的犯罪追诉程序的需要。近期对美国各地法院总计超过一千名法官进行随机抽样问卷调查，结果显示：75%的被调查人赞同在司法裁判中采用问题解决型的方法，而只有10%的被调查人表示反对。^[29]这一数据说明问题解决型司法理念在美国法官中的认可度已经很高，这是问题解决型司法良性发展的基础。

(三) 作为解释工具的法律现实主义：以死刑复核案件为例

与其将法律现实主义作为刑事司法改革的指针，毋宁将其视为解释刑事司法的工具。这是新法律现实主义的另一显著价值。在现实主义的解释路径下，法律不再是解决纠纷、控制犯罪的唯一手段，而是诸多维持社会秩序的规范之一，只不过法律是其中最重要的一种规范。在此，以我国媒体报道的四个典型的死刑复核案件为例（见下表1^[30]），来看看法律现实主义在刑事司法中的存在与作用。

表 1

案件名称	案发时间、地点	一、二审结果	不核准理由	背后的原因	法官的作用
马涛故意伤害案	2006年9月，广东省东莞市	一审死刑，二审驳回上诉、维持原判	因生活琐事引发，主观恶性不深，无前科，认罪态度较好，有悔罪表现	亲属代偿了附带民事诉讼原告人经济损失，取得谅解	被告人无赔偿能力，法官跨三省调解，说服亲属代偿
刘兵故意杀人盗窃案	2008年1月，重庆市	一审死刑，二审驳回上诉、维持原判	因民间矛盾激化，被告人事先无预谋，一时冲动杀人	被害人家属谅解	被告人无赔偿能力，法官帮助申请救助基金，说服被害人家属谅解
陈斯故意杀人案	2008年2月，安徽省安庆市	一审死刑，二审驳回上诉、维持原判	因民间纠纷引发，被告人有自首情节	经调解，双方达成谅解	两级法院反复做双方工作，就赔偿达成和解
冯福故意伤害案	2007年5月，浙江省台州市	一审死刑，二审驳回上诉、维持原判	系邻里纠纷引发，激情杀人，认罪态度好，主观恶性相对较小	亲属赔偿被害人家属经济损失，取得谅解	法官说服被告方增加赔偿，赢得被害人家属谅解

上表1中的四个案件是死刑复核权收归最高人民法院之后发生的代表了改革成果的典型案例。随着2007年死刑复核权收归最高人民法院，通过程序控制死刑、统一死刑标准成为我国死刑复核制度的主轴。死刑适用的数量有所下降，特别是邻里纠纷引发的命案、激情杀人等案件，被告人主观恶性较小，不予核准死刑的情况较多地出现了。上述四个案件都是由于生活琐事、邻

[29] Donald J. Farole, Jr., Michael Rempel, Francine Byrne, Yueh-Wen Chang, *Problem-Solving and the America Bench: A National Survey of Trial Court Judges*, New York: Center for Court Innovation, 2008, p. 11.

[30] 参见蒋安杰：《法官跨三省调解马涛案起死回生——依法不核准死刑典型案例（之一）》，《法制资讯》2009年第8期；蒋安杰、徐伟：《死刑复核如女人绣花般精细——依法不核准死刑典型案例（之二）》，《法制资讯》2009年第8期；杜萌：《死刑复核考验法官群众工作能力——依法不核准死刑典型案例（之三）》，《法制资讯》2009年第8期；蒋安杰、徐伟：《冯福生死伴着死刑复核环节跌宕——依法不核准死刑典型案例（之四）》，《法制资讯》2009年第8期。

里纠纷或民间纠纷引起的重罪案件，属于可杀可不杀的情况，从法律层面来看其裁判是非常简单的，即不予核准死刑即可。但是，这样简单地适用法律能行吗？虽然从法理上来看、从法条中解读、从形式理性来审视，都没有问题。然而，如果法官真的直接做出不予核准的决定，那带来的可能是意想不到的结果。

首先是被害人家属不服，申诉、上访接踵而来，实践中甚至多次发生了被害人家属由于不满杀人者没有偿命而带领乡亲、朋友包围当地法院的事件。在传统中国，“杀人者死，伤人及盗者抵罪”是最朴素的正义观。其次，实施犯罪者往往没有很强的经济实力，在上述案件中，如果不是法官反复就赔偿问题做工作，动员近亲属帮助赔付等，被害方显然不会善罢甘休。再次，跟当事人讲法律，亦或是撰写说理性很强的判决书，常常都无法说服被害方接受不予核准死刑的结果，还不如“打多少钱的架就要赔偿多少钱”更能够说服被害方接受裁决。

在上述四个案件中，最高人民法院的死刑复核法官竟然变成了“和事佬”，其主要工作就是经济赔偿问题做当事人双方及其近亲属的思想工作，这显然不符合形式理性的要求，也不是我们所认为的法制化和遵循正当法律程序。正因为如此，笔者在看到这些死刑复核中的“经验”和典型案例之初，感到非常失望。但静下心来仔细思考之后，却又发现这是理性的选择，为了控制死刑、少杀慎杀以及真正平息纠纷，这是不得不采取的措施。

其实，不仅仅是死刑复核案件，在所有的司法裁判中，表面上法官强调的都是严格依照法律进行裁判，实质上却必须综合考虑各种因素。法官往往不愿意承认这一点，法学课本中也往往回避这一点，但这却是人类司法的普遍现实。“现实主义者根据现代心理学和社会学的研究提出，为了使司法判决满足合理性与合法性的要求，避免人们对司法判决的各种批判，法官们往往以成文的规则为判决合理性的表面依据，在判决中尽力掩盖其他因素对司法过程的影响。这样，每一个判决好像都是严格依法作出的，都达到了合理与合法的要求。”^{〔31〕}同样，在法律法规的修订、出台过程中，特别是在司法解释的制定过程中，总是充斥着利益博弈和讨价还价，但学者们在解读时总是赋予其法律理性。其实这里面不仅有着不合理的部门利益诉求，也有着国家、社会、民众、当事人等利益的现实考量，有着对于我国法治进程和司法实践的阶段性权衡。如2010年出台的两高三部《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》和《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》，站在学者立场我们完全可以提出这样那样的批判，因为这其中对于非法证据排除等基本刑事证据规则的规定与学者们的预期显然是有差距的，其只能说是一种妥协的产物，^{〔32〕}但如果从现实主义出发，我们却不得不承认这是我国刑事法治的重要进步并将对推动我们刑事证据制度的发展和规范刑事案件中的证据运用产生积极的影响。

三、中国语境下的现实主义刑事司法

（一）中国语境的考量

中国近年来刑事司法改革的主要思路是引进西方的体现正当法律程序原则的制度，对此我们

〔31〕 前引〔8〕，付池斌书，第41页。

〔32〕 如《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》第1条规定了非法言词证据排除的范围，即“采用刑讯逼供等非法手段取得的犯罪嫌疑人、被告人供述和采用暴力、威胁等非法手段取得的证人证言、被害人陈述，属于非法言词证据。”这里排除的范围甚至小于原来的司法解释，即“以刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等非法的方法收集的犯罪嫌疑人供述、被害人陈述、证人证言，不能作为指控犯罪的根据。”对于非法实物证据的排除，该司法解释更显得保守，即“物证、书证的取得明显违反法律规定，可能影响公正审判的，应当予以补正或者作出合理解释，否则，该物证、书证不能作为定案的根据。”这些恐怕都没有达到刑事诉讼法学者对于非法证据排除规则的预期。

应当抱着审慎的态度。季卫东教授指出：“过激的、盲目的西化主张貌似进步，其实往往是欲速不达、足可败事的。况且，历史的经验已经反复地证明，理论上很完美的制度并不一定可以付诸实施，而行之有效的制度却未必是事先设计好的。”〔33〕如果离开中国的大环境，离开对中国现实问题的深入观察，离开对中国刑事司法的深刻领悟，许多貌似美妙的制度就很可能沦为无本之木。比如“法律至上”、“司法独立”等从理论上论证并不难，列举西方国家的相关经验或做法也很容易，但是，真正到了中国的语境下，我们会发现绝非纸面讨论得那么容易。毕竟，“在中国的现实条件没有根本改变的状况下，建立一个法律至上、以法官为中心的正义体系的试图很难如愿以偿。勉强为之，则极易与‘置天下于法令刑罚之中’的法家主张同构化。”〔34〕

可能有人会说，法律现实主义同样是舶来品，不见得能够适应中国的语境。的确，法律现实主义源自西方，但我们应当借鉴的是法律现实主义的方法论，而不是跟着西方的法律现实主义者去批评形式主义、自动售货机式的裁判。西方国家已经将形式主义走到了极致，现在是回过头来强调实质理性在纠纷解决中的作用，而我国缺乏形式理性的传统，显然两者不可同日而语。

那么，我国是否有着与法律现实主义相通的本土刑事司法理论呢？在笔者看来，这种刑事司法中的现实主义在一定程度上与龙宗智教授的“相对合理主义”有着某种共通之处。所谓“相对合理主义”，是指在一个不尽如人意的法治环境中，在多方面条件的制约下，无论是制度改革还是程序操作，都只能追求一种相对合理，不能企求尽善尽美。龙宗智教授认为，我国法治的现实与现代法制及司法建设的合理性标准存在两方面的差距：一是在制度的层面，即使在立法上作出了声明和宣言式规定，制度保障的问题亦未解决；二是在实践的层面，现实与理想的差距更为突出。〔35〕这种差距决定了我国的刑事司法改革总体上只能放在社会大系统内，采取司法内外互动的方法，因而只能是条件论的、渐进性的、改良的。

（二）中国转型社会刑事司法的突出特点

在现实主义刑事司法观中，我们首先应当关注的是中国转型社会的大背景，在该背景下，我国刑事司法呈现出自己的显著特点。是犯罪数量爆炸吗？我们一般认为近些年来犯罪率在不断攀升，给社会带来了极大危害，而增加司法资源投入和完善立法被看成是应对犯罪的主要途径和必然要求。然而，如果仔细研究犯罪的现况，我们会发现其实犯罪数量和手段的提升并不是问题核心之所在。下表2中显示近十年来，刑事案件批捕的犯罪嫌疑人数和提起公诉的案件数增加幅度有限，而有的年份还有所下降，职务犯罪的件次也显示下降，信访这样历来被认为大量增加的非规范救济方式也没有想象中那样激增。

是犯罪手段不断升级吗？很多学者常常提到的高科技犯罪，虽然很重要，但其实际破坏力、影响力反而远不及近期频频发生的袭击学生、幼儿案件。后者虽采用的是最原始的犯罪方法，但由于犯罪对象的特殊性而引起了全社会甚至海外的广泛关注。从福建南平案开始，连续发生袭击无辜学生甚至幼儿的案件，让人不禁要问现在的人和社会到底是怎么了？〔36〕

〔33〕 季卫东：《宪政新论——全球化时代的法与社会变迁》，北京大学出版社2002年版，第90页以下。

〔34〕 同上书，第100页。

〔35〕 参见龙宗智：《论司法改革中的相对合理主义》，《中国社会科学》1999年第2期。

〔36〕 2010年3月以来，短短1个多月时间，在福建南平、广西合浦、广东雷州、江苏泰兴、山东潍坊、陕西南郑，就发生了6起校园暴力伤害事件。而这些死者、伤者都是幼儿园、学前班或小学的学生。如2010年3月23日郑某在福建南平市南平实验小学门口持刀行凶，致8名小学生死亡，5名小学生重伤。参见新华网：《福建南平“3·23”重大凶杀案》，http://news.xinhuanet.com/legal/2010-03/24/content_13236143.htm，2010年12月15日访问。

表 2 [37]

	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
批捕人数	715833	841845	691136	764776	811102	860372	891620	920370	952583	941091
提起公诉人数	708836	845306	771208	819216	867186	950804	999086	1082211	1143897	1134380
信访案件数		656080		527332	办结 20306	办结 10765	477596		418633	421306
职务犯罪案件数	45113	45266	43258	39562	43757 人	41447 人	33668	40771 人	33546	32439

笔者认为,我国转型期刑事司法的突出特点体现在以下三个方面:

其一,多元社会中的极端冲突剧增,而现有刑事司法体系缺乏应对能力。多元文明和多元价值观在当下的中国社会急剧碰撞,使得转型社会走向多元化成为显性特征,各种利益冲突引发的矛盾,使得极端性纠纷日益增多。再加上金融危机、政治原因等使得社会冲突激化,社会深层次矛盾急剧外化为现实问题,而原本应当成为解决纠纷途径和充当矛盾解压阀的刑事司法,却仍然在立法与执法的双重缺陷中徘徊,以至于现行刑事司法解决纠纷、缓解社会矛盾的能力颇受质疑。刑事司法作为解决社会纠纷的最终、最彻底的方式,如果出现了纰漏,哪怕是一个很微小的案件,也可能经过不断放大,最终对社会秩序造成巨大的影响。

表 3

地点	时间	最初案件性质	当事人及相关人员	舆论动向	公权力的反应	事件最终发展
贵州瓮安 [38]	2008 年 6 月	少女溺水身亡,自杀还是他杀	带着疑问不断上访,不断和政府讨价还价	传包庇高干子弟,警察又打死人等	警察的不作为,三次尸检结果均不被认可	2 万多民众聚集,与警察发生冲突,公安局大楼被焚烧
云南孟连 [39]	2008 年 7 月	涉嫌聚众扰乱社会秩序罪	胶农对橡胶公司不满,情绪激动,与警察冲突	传橡胶公司与政府、警察勾结	警察强行带走 5 位胶农,在被围攻中动用武器反击	500 多人围攻,暴力冲突致 2 人死亡,41 名警察受伤
湖北石首 [40]	2009 年 6 月	一名厨师非正常死亡	家属停尸于酒店大厅,要求公正处理	网络大量传言、帖子、视频	政府语焉不详,尸检不被认可,大量派遣警察、武警	数千群众围观,阻碍交通,警民发生严重冲突,警车被毁

对此,上表 3 中的三个典型事件是最好的佐证。在瓮安事件中,如果前期处理得当,只是一起很普通的涉及自杀或他杀的案件,但这么一起案件却发展成了大规模的警民冲突,损失何其惨重,而一年后发生的石首事件几乎是该案的翻版。从普通刑事案件到严重的群体性事件,从个案

[37] 表 2 中的数据皆来自于 2001 年至 2010 年的最高人民检察院工作报告,参见最高人民检察院官方网站:《最高人民检察院工作报告》, <http://www.spp.gov.cn/site2006/region/00018.html>, 2010 年 12 月 6 日访问。

[38] 参见钱真:《一起刑事案件如何演变为群体性事件:探寻暴力之源》,《中国新闻周刊》2008 年 7 月 14 日。

[39] 参见伍皓、关桂峰:《滇反思孟连事件:为既得利益“护法”做不得》,《新华每日电讯》2008 年 9 月 10 日。

[40] 参见蔡志强:《石首失守后,危机如何变良机?》,《学习时报》2009 年 8 月 3 日。

纠纷到社会局部矛盾的激化，不就像是“蝴蝶效应”^{〔41〕}吗？

其二，司法权威和司法公信力严重不足。我国正处于多元转型社会，从当下中国社会暴露的各类刑事司法问题及其诱发的群体性事件而言，表面上是民众缺乏社会安全感、公安司法机关对当事人利益与诉求没有充分尊重等具体问题，背后实则反映了民众对司法权威的不认可和司法公信力的严重不足，外化为利益群体之间的矛盾无法有效协调而导致压力井喷。社会矛盾、社会情绪是一个快速积累的过程，常常以某一个刑事案件作为诱发点，最后把社会的情绪聚集到这一个点上，大家可能带着各自不同的情绪来，但是在这一个点上，集中反映了对司法不公、司法腐败的怀疑，对司法机关、地方政府的不信任。^{〔42〕}

笔者曾做过问卷调查，公安司法机关的信任危机并非空穴来风。当问到“你认为老百姓现在信任公安司法机关吗？”62.7%的被调查人选择了对公安司法机关“不大信任”，而选择“非常信任”的只有2人。更需要我们警觉的是，有11.5%的人选择了“非常不信任”。可见，公安司法机关与普通民众之间的隔阂已经普遍存在，传统上的良好关系已经被严重动摇。^{〔43〕}“不信任”可以说已经成为刑事司法中的一个常见关键词，以至于杭州飙车案中法庭上是否为真的被告人胡斌，都成为网民热议的话题。

撇开政治因素与政治改革不谈，如何运用刑事司法途径来缓解社会矛盾、维护当事人各方利益，以重树司法权威与司法公信力，应被我们视为社会转型期刑事司法的一项核心任务。

其三，制度拉动与制度妥协并存，却未达到预期效果。转型社会的一个突出特点是制度变革层出不穷，涉及社会的方方面面，而刑事司法便是其中的重要一环。这种刑事司法的制度变革常常表现为两种趋向：（1）超前设计，寄希望于制度拉动。有的地方宣布确立了某些所谓的西方先进刑事司法制度，最终被证明只是一场闹剧，诸如“辩诉交易”、“零口供”等改革都显示出这样的特点。有的立法或司法解释貌似先进，却并未能真正付诸实施。如我国刑事诉讼法和两高的司法解释早已规定了非法证据排除规则，即排除刑讯逼供、威胁、引诱、欺骗等非法手段收集的证据，然而实践中却鲜见据此排除非法证据的案例，而新近出台的刑事证据规定反而缩小了排除的范围。概言之，在不具备现实条件的情况下，试图制度拉动的效果是十分有限的，^{〔44〕}而且，如果有了立法而无法实施，反而会伤害到法律的尊严。（2）以国情、中国特色等为由，一味排斥西方的刑事司法制度或者搞所谓的“折中论”。前者是一种法治保守主义，而后者实质上是一种无原则的妥协。上述做法貌似尊重中国的传统与文化，从国情出发，实质上是以限制改革、排斥西方制度为直接特点，是迁就现况或缺乏合理性的妥协，甚至是为人治、地方保护主义找借口。

现实中的刑事司法涉及各种利益和因素，绝非法律条文的简单适用，必须从技术层面提供价值判断、利益权衡的方法论，必须考虑制度运行的现实条件，否则所谓制度拉动便容易成为空中

〔41〕 所谓蝴蝶效应（The Butterfly Effect），是指在一个动力系统中，初始条件下微小的变化能带动整个系统的长期的、巨大的连锁反应。这一概念最初来源于气象学。从原理来看，蝴蝶翅膀的运动，导致其身边的空气系统发生变化，并引起微弱气流的产生，而微弱气流的产生又会引起四周空气或其他系统产生相应的变化，由此引起系列连锁反应，最终导致其他系统的极大变化。

〔42〕 《国际先驱导报》近期发表的一篇文章中明确提出了“当怀疑成为中国人的生活方式”等忧虑，文章讨论了浙江乐清钱云会案，并引用了美国麻省理工学院黄亚生教授的评论：“不管钱先生之死的真相如何，考虑到舆论的偏向，这难道不正揭示了一种危机？如果你是官员，你不应该感到焦虑和担心吗？”参见赵菲菲：《请让我来相信你》，《国际先驱导报》2011年1月17日。

〔43〕 该问卷调查于2007年在杭州、昆明、郑州等地进行，对300多名普通民众进行了调查，具体讨论参见胡铭：《刑事司法的国民基础之实证研究》，《现代法学》2008年第3期。

〔44〕 参见前引〔35〕，龙宗智文。

楼阁或拔苗助长；同时，刑事司法制度应具有基本的理性，符合现代法治的基本精神，并在一定程度上保持超前性，否则所谓制度妥协将沦为固步自封或改革的阻力。换言之，刑事司法改革的思考方法应当在程序正义的基本要求之上重视问题解决与现实效果，并使得刑事司法与当代社会、经济、政治全面发展基本吻合，这也就是本文重点思考的法律现实主义进路。

（三）法律现实主义对我国刑事司法的启示

面对理想中与现实中的刑事司法，面对文本中与实践中的刑事司法，如何弥补法律与现实、文本与实践的鸿沟，成为法律现实主义者的理想与追求。正因为如此，法律现实主义进路能为我国转型期刑事司法提供可资借鉴的方法论和改革思路。

1. 理性对待形式主义，避免矫枉过正和重蹈西方国家覆辙。

以美国为代表的西方国家，在经历了长时间的以形式主义为基础的现代法治之后，形式主义的缺陷日益暴露出来，而法律现实主义运动对形式主义的批判恰好是为了最大限度避免形式主义的缺陷。我国并未确立严格意义上的以形式理性为基础的刑事司法制度，现在对形式主义进行批判显得不合时宜。但是，我们必须清醒地认识到形式主义刑事司法的不足，摒除对形式主义的顶礼膜拜，以免重复西方国家走过的弯路。如有的学者所言，“形式理性是法治的必要条件，而非充分条件。”^{〔45〕} 马克思·韦伯将中国的问题完全归咎为缺乏形式理性，^{〔46〕} 或者，有的中国学者过分夸大形式主义在刑事司法中的作用，都是有所偏颇的。为了理性对待形式主义，我们需要反思下面的问题：

问题一：在中国法的传统中，真的是只讲实质不讲形式吗？诚如钱穆所说：“现代的一般人，都说中国人不讲法，其实中国政治的传统毛病，就在于太讲法，什么事都依法办。一条条文进出，一个字两个字，往往上下往复，把紧要公事都停顿了。”^{〔47〕} 在传统中国，需要形式还是需要实质，千百年来成为某些人恣意裁量之工具。也就是说，不能简单地将形式主义与法治划等号，或者将形式主义与程序正义划等号。

问题二：形式理性本身是不考虑实质正义的，问题是司法审判能不考虑实质真实吗？从我国刑事司法实践中反映出的声音来看，当事人、民众意见最大的反而是实质正义没有得到实现。以对抗式诉讼模式为例，我们在1996年修改刑事诉讼法时试图引入英美法的对抗模式，实行控辩平等对抗，而这就必然对律师有了更大的依赖，因为，如果没有律师的介入，被告人在对抗式审判中将处于更为不利的地位。但是由于我国刑事案件律师代理率非常低，^{〔48〕} 在没有律师帮助的情况下对抗变成了实力悬殊的镇压，原本追求形式正义的对抗式诉讼却在实质上更加不公正了。在这一意义上，适当保留法官的主动性和检察官的客观义务，^{〔49〕} 反而有利于社会正义的实现。

〔45〕 汪海燕：《形式理性的误读、缺失与缺陷》，《法学研究》2006年第2期。

〔46〕 韦伯曾指出，中国没有走上理性资本主义道路的根源，是因为中国缺失具有形式理性特征的法律。“我们近代的西方法律理性化是两种相辅相成的力量的产物。一方面，资本主义热衷于严格的形式，因而——在功能上——尽量像一部机器一样可计量的法，并且特别关心法律程序；另一方面，绝对主义国家权力的官僚理性主义热衷于法典化的系统性和由受过理性训练的、致力于地区之间平等进取机会的官僚来运用的法的同源性。两种力量只要缺一，就出现不了近代法律体系。”〔德〕马克思·韦伯：《儒教与道教》，王蓉芬译，商务印书馆1995年版，第200页。

〔47〕 钱穆：《中国历代政治得失》，北京三联书店2001年版，第126页以下。

〔48〕 据有关调查显示，我国刑事案件中律师参与辩护率仅为30%左右。实践中，“两低”（刑事辩护率低、刑事辩护质量低）、“三难”（会见难、阅卷难、调查取证难）是刑事辩护工作面临的突出问题。问题的背后是刑事辩护律师执业环境欠佳等更深刻的原因，很难在短时间内得到解决，也就是说提高刑事案件辩护率很难一蹴而就。参见张有义：《刑事辩护律师执业面临六大难题》，《法制日报》2008年1月6日。

〔49〕 参见龙宗智：《中国法语境中的检察官客观义务》，《法学研究》2009年第4期。

问题三：形式理性强调的是司法克制主义，但我们能对司法能动性视而不见吗？司法克制主义的典型模式是司法裁判三段论，这是一种过于理性化并将司法裁判简单化的模式，与现实有较大脱节。无视法官在刑事审判中的能动性，是对司法行为缺乏客观认识的表现，特别是以纠纷解决为导向的刑事和解、恢复性司法等非诉讼机制更是必须充分发挥司法人员的主观能动性，而期待法官通过严格依照法律办案就能实现公正裁判，更多的只是一种理想化的愿望。同时，法官独立依法裁判在理论上虽然很容易论证，但是考虑到我国的现实情况以及政治因素的存在，相关问题其实非常复杂，如审判委员会制度，在笔者看来显然是违背形式主义的，但如苏力教授所论证的，审判委员会制度在我国的存在却又有着这样那样的现实合理性。^{〔50〕}

问题四：形式理性强调的是对法律的严格执行，但在我国这样刑事立法还很不完善的国家，许多问题甚至无法可依，而多元社会的发展却日新月异，刑事案件何其复杂，究竟该怎么办？如我国刑事司法中的暂缓起诉、刑事和解、证据规则等都还处于摸索阶段，很多地方还有立法空白。在当前的转型社会中，以网络为代表的新型传媒使得多元价值非常容易在刑事司法裁判中碰撞，越来越多的案件被聚焦在镁光灯下、显示屏中，如许霆案、胡斌案、赵作海案、天价过路费案等，在网络世界中被媒体、民意和政治来回冲击，使得复杂的社会因素必然会影响到司法裁判，作出一份能够平息争议且为各方均可接受的判决绝非易事。

笔者对形式主义的拷问并非否定形式理性在刑事司法中的重要意义，我国当前仍然需要大力培塑形式理性和严格执法的理念。但我们应当清醒地认识到，极端的形式理性更多地带有理想主义色彩，其本身是有缺陷的并可能引发负面效果。相应地，法律现实主义在强调纠纷解决与实质正义的同时并不排斥正当法律程序，以问题解决为导向的务实精神，又是解决我们当前突出的社会矛盾的现实要求。理性对待形式主义，在正当法律程序中融入客观主义，充分考虑社会现实条件，是转型期刑事司法改革应当遵循的基本思路。

2. 在刑事裁判中适用利益权衡方法，在方法论上重视经验归纳而不拘泥于简单的演绎推理。

法律现实主义承认并尊重法官的主观能动性，承认并鼓励法官在司法裁判中运用利益权衡方法；而传统的概念法学强调法律具有逻辑自足性，注重形式逻辑的操作，否认法官的能动作用，排斥法官对具体案件的利益衡量。

刑事司法本质上是对严重社会问题的一个解决过程。在这一过程中，不可避免地涉及很多现实的利益，如被告人、被害人、社区、普通民众、社会、国家的利益等，这其中的许多利益是交叉的，同时，诸多的利益又可能是针锋相对的。利益是法律权利的核心，刑事司法过程不可能无视这些利益。如有学者所说，司法的过程可以被看作是“利益衡量初步结论加找到的经过解释的法律条文”。^{〔51〕}利益衡量方法，实际上是先有模糊结论，后找法律条文根据，以便使结论清晰化与正当化，追求的是让法律条文为结论服务而不是从法律条文中引出结论。从方法论上来看，这种利益衡量法更为重视经验归纳而不拘泥于简单的演绎推理。

在刑事司法裁判过程中，只要接触到案件材料或者进入听审，法官就会产生一定的判断，然后才是通过研究法律、解释法律来论证、修正、印证自身的判断。所谓完全排除法官的“预断”，只是一种理想化的美好愿望。我国1996年修改刑事诉讼法改庭前实质性审查为程序性审查，结果不但没有实现排除预断，反而衍生出了复印件主义、庭审效率低下、庭后阅卷等修法时不曾预料到的新问题。即使我国改行“起诉书一本主义”，以现在法官审判的实际来看，也很难斩断法

〔50〕 参见苏力：《送法下乡——中国基层司法制度研究》，中国政法大学出版社2000年版，第88页以下。

〔51〕 梁上上：《利益的层次结构与利益衡量的展开——兼评加藤一郎的利益衡量论》，《法学研究》2002年第1期。

官对案卷的依赖。更不用说转型期诸多新型案件与新问题缺乏明确的法律依据或争议很大,这使得利益权衡更加具有重要意义。

刑事司法中涉及的利益是有不同层次的。以刑事和解为例,对于一个轻伤害的案件,如果按照刑事法律直接进行定罪量刑常常不能兼顾各个方面的利益,不能解决真正的问题。一个简单的轻伤害案件,会涉及被告人的定罪量刑、被害人的心理慰藉与经济赔偿、社区治安的恢复、普通民众的安全感与惩罚犯罪的需求、犯罪人的改造、国家司法资源的耗损等。吸收当事人和社区代表参与,通过刑事和解对于定罪量刑和赔偿等问题进行考量,必然会涉及上述不同方面利益的权衡问题。实际上,所谓严格依法审判是比较容易的,一般是从大前提到小前提再到结论,这种演绎推理只需要谙熟法律的工匠即可,而在利益衡量的基础上作出合理适用法律之裁判,需要的是具有研究、判断能力的法律专才,需要裁判者具有很强的经验归纳能力。

需要注意的是,刑事司法中的利益权衡不是不受限制的,否则将使纠纷解决过程脱离法律的限制而变得漫无边际并违反法治精神。作为法官判案的思考方法,利益衡量要在一定的时空中展开,如果离开了特定的时空背景,便可能会背离法律现实主义强调法官能动性的初衷。换言之,利益衡量只能在法律的界限内发挥作用,不能越出法律的边界。例如,刑事和解的过程,需要受到刑事法律的限制,包括和解的范围和程序、量刑中所能做的让步、当事人的处分权等都不能逾越刑事法的基本规定。也就是说,这种利益衡量应当与适当的刑事法律制度相联系,否则,其结果可能是法官对法律的滥用,是以新的不公平来代替原有的不公平。这就要求我们在研究法律时,应认真地研究法律的适用、审判的过程和诉讼心理学等问题。如研究法官独特的心理特征,发现影响判决的个体因素和社会因素,建立合理、有效的法官裁判约束机制。

3. 以实现社会正义为核心,构建合理衔接的多元纠纷解决机制。

刑事司法的首要目标是实现司法公正,进而促进社会正义。社会正义的实现,并不是简单地依法办案就可获得。罗尔斯的两个正义原则,向我们深刻地阐释了一般正义观并非是“合乎每一个人的利益”,而是要尽力通过某种补偿或再分配满足一个社会的所有成员都处于一种平等的地位的愿望,即所谓的“合乎最少受惠者的最大利益”。^[52] 否则,表面上的平等带来的可能是实质上的不平等。法律现实主义所追求的绝非表面上的平等,而是真正的社会正义之实现,体现在刑事司法领域,便是在尊重和保障弱势群体基本权益的基础上,谋求纠纷的实质解决和被犯罪破坏的社会正义的恢复。

正义本身内涵的复杂性,加上我国转型社会的多元性、变革性等,使得司法公正与社会正义的实现异常艰难。我们需要正视我国当前的社会现实条件:法官精英化还远没有达到预期,法官的素质仍然被普遍诟病;普通刑事诉讼程序效率较低,占用大量的司法资源;当事人对于诉讼不满,普通民众对刑事司法缺乏信心与信任;等等。面对我国转型期多元社会的这些问题,构建刑事司法中诉讼与非诉讼机制合理衔接的多元纠纷解决机制是降低社会矛盾“燃点”,实现和谐与稳定的现实要求,也是与法律现实主义理念相契合的。从世界范围来看,各国刑事司法正在逐渐弱化对正式的诉讼程序的依赖,通过合理认识非诉讼方式在纠纷解决过程中的作用,来应对犯罪这种最严重的社会冲突。如美国从20世纪70年代开始便在刑事司法中大量引入非诉讼解决纠纷机制,形成了被害人与加害人和解、谈判与调解、恢复性司法、社区警察介入、问题解决型法庭等多层次的替代型纠纷解决亦或是诉讼与非诉讼相结合的纠纷解决机制。在我国,非诉讼机制同

[52] [美]约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社1988年版,第302页以下。

样有着深厚的司法实践基础，如调解被称为“东方经验”，新中国的“枫桥经验”^[53]也有着几十年的实践历史。我国刑事司法中发展非诉讼纠纷解决机制既有自身的历史积淀又有着西方国家的经验借鉴，具有现实可行性。

然而，我国虽已经开始了刑事和解等非诉讼机制的探讨和实践，却还存在诸多缺陷，笔者认为问题主要集中于以下两个方面：

其一，立法落后于司法实践，实践中的探索又不宜脱离现行法律而急功冒进。以刑事和解为例，我国现行刑事诉讼法只对自诉案件中的调解与和解作出了规定，而对于普通刑事案件并没有明确的相关规定。司法实践中适用刑事和解最多的是轻伤害类案件。这使得刑事和解所能适用的案件范围很窄，司法机关在适用时顾虑也比较多，往往是在轻微案件中很慎重地适用，或者只适用于附带民事诉讼的部分，这便极大地限制了刑事和解发挥应有的作用。某些地方司法机关虽然已经先行开始了探索，但由于缺乏足够的法理指导等原因，暴露出许多问题，如某些法庭提出了“零判决”的口号，^[54]这种改革探索的合法性、合理性都值得深思。

其二，尚没有从体系上通盘考虑非诉讼纠纷解决和正式诉讼程序的衔接问题，没有系统地构建刑事司法中的替代型纠纷解决机制。非诉讼纠纷解决机制有着多种表现形式，在我国当前的刑事司法中，只有刑事和解的少量实践，对于恢复性司法还停留在理论探讨阶段，而以美国为代表的西方国家已经发展出了成体系的与诉讼良好衔接的多元纠纷解决机制。比如美国按照案件的类型建立了问题解决型法庭，明确了警察、检察官、法官在替代型纠纷解决中的不同地位和工作方式，建立了加害人、被害人、社区民众和非政府组织参与的灵活而实用的纠纷解决机制。这些机制不以依法定罪量刑作为最终目的，而是以纠纷解决、恢复社会秩序以及解决现实问题为目标。也就是说，在多元纠纷解决机制的系统中，定罪量刑只是一个手段——是实现最终目的的手段之一。我国在进行刑事和解、恢复性司法等改革探索时，还没有从多元纠纷解决的角度系统考虑替代型纠纷解决机制，而是就事论事式地讨论上述问题，这便容易造成重复建设或者无法合理对接，难以形成有效的合力，也难以使诉讼机制与非诉讼机制在刑事司法中相得益彰。因此，需要围绕社会正义的实现，从系统论的高度重新审视刑事司法中的多元纠纷解决机制。

四、现实主义刑事司法进路的局限

应然层面的刑事司法与实然层面的刑事司法显然是有差异的。在转型期社会中，法律现实主义给了我们更多的选择。形式理性与严格执法固然是我们的理想，而法律现实主义理念下的问题解决和定纷止争的思路，为缓解社会矛盾、优化刑事司法提供了现实的路径。但是，我们也应当看到，同形式主义存在局限一样，法律现实主义也并非万精油式的良药，不能解决刑事司法中的所有问题，也不能替代形式理性与程序正义的价值。我们必须直面法律现实主义自身存在的一些缺陷。

[53] 20世纪60年代初，浙江省诸暨市枫桥镇干部群众创造了“发动和依靠群众，坚持矛盾不上交，就地解决。实现捕人少，治安好”的“枫桥经验”，为此，毛泽东同志曾亲笔批示推广。之后，“枫桥经验”得到不断发展，形成了以调解为主要纠纷解决机制并具有时代特色的“党政动手，依靠群众，预防纠纷，化解矛盾，维护稳定，促进发展”的枫桥新经验。相关讨论参见胡铭：《论刑事和解的理念基础——浙江枫桥经验与美国VOR模式之比较》，《浙江社会科学》2010年第9期。

[54] 在看到和解、调解等非诉讼机制的优点之后，河北、广西、河南等地的法院在近期提出了所谓“零判决”的目标，这显然是违背司法规律和诉讼原理的。即使是在民事审判领域，“零判决”也是荒谬的。非诉讼机制只能是诉讼机制之补充，而绝不可能完全替代正式的诉讼程序。

例如,许多法律现实主义学者属于典型的知识精英并对精英的理性能力有着过度自信,如霍姆斯、弗兰克等人既是法学家又是著名法官,这使得他们容易倾向于信任法官能动性裁判的质量与能力。而纵观我国的现实,多数法官在审判案件时往往并非像法律现实主义者描述的那样极具主观性和创造性。相反,多数法官更倾向于保守地解释法律和适用法律,他们通常并不愿意突破现有法律的约束,甚至不愿意违背上级领导的指示或者集体协调的决策。同时,不得不承认,司法腐败仍然广泛存在,法官的职业操守还未得到普遍的认可。因此,我们在反对僵化的三段论式裁判的同时,对于司法能动主义亦要保持应有的克制与警惕。

又如,法律现实主义可能带来法律虚无主义或者程序无用论。法律现实主义在深刻认识法律的滞后性、不周延性等局限性的同时,却容易像弗兰克那样走向规则怀疑论的另一个极端。^[55]特别是将法官的主观能动性拔高到法官就是立法者,并因而否定文本法律的现实意义。这在判例法国家或许有一定的实际意义,但在像我国这样的成文法国家却是不适用的,混淆立法与司法的界限将带来制度性混乱,损害到法律的制度利益。

再如,法律现实主义理论更多的是针对疑难案件而言。但司法实践中,占案件绝大多数的还是简单案件,这些简单案件可以通过从大前提到小前提再到结论这样的简单推理来得出答案,也并非必须要用到利益权衡与经验归纳。同时,虽然法律有滞后性,但立法总是处于不断完善的过程中,通过高度技术性的立法活动,制定并修改法律从而使得法律不断完善,是基本可以适应司法实践的一般需要的。因此,法律现实主义以疑难案件作为基本事实的思考依据,难免显得有所偏颇。

当然,也存在不少对法律现实主义很肤浅的质疑。如由于缺乏对法律现实主义的深入理解,而将法律现实主义等同于实质真实主义、客观真实主义、庸俗实用主义等,这是对法律现实主义的误读。

五、结 论

基于上述讨论,笔者得出以下初步结论:

法律现实主义绝非我国刑事司法改革的万能药,但是在坚持正当法律程序的前提下引入法律现实主义,能为我国转型期刑事司法提供方法论指导,特别是为极端社会矛盾的解决和社会正义的实现提供助力。

法律现实主义指导下的刑事司法裁判遵循以下基本思路:现实情况与条件→底线正义原则→问题解决。即司法裁判应当充分考虑社会现实条件,并在此基础上进行利益权衡;但这种权衡不是无原则的,司法行为的底线正义是基本的法律原则和法律规范;司法裁判应以解决问题为目标,并最终促进社会正义的实现。

“就像它的若干优点一样,形式主义同样无法回避其局限性。”^[56] 尽管形式合理性很重要,但现代法治对于形式合理性不应该持绝对化的态度,否则将很难适应多元社会以及相应的多元法治体系。强调程序并不必然等同于形式化,正当程序对于形式化和实质化都具有保障性功能。

以调解、和解为代表的非诉讼纠纷解决机制是解决转型期社会冲突的重要路径,法律现实主义强调非诉讼纠纷解决机制的制度化、程序化,在法律允许的范围内当事人通过协商、谈判解决

[55] 参见前引〔8〕, Frank文。

[56] [美]布鲁斯·阿克曼:《我们人民:宪法的变革》,孙文恺译,法律出版社2009年版,第31页。

纠纷，其表现出显著的非形式主义的特点。

现实主义方法论倡导法律方法必须把社会利益的衡量引入到规范的法律论证当中，用正当程序使法律论证成为向社会科学开放的领域。经济学、统计学、心理学等学科的一般方法，特别是实证方法，^[57] 能为刑事司法的理性化提供参考。

Abstract: Legal realism is a family of theories about the nature of law developed in the first half of the 20th century in the United States and Scandinavia. The essential tenet of legal realism is that all law is made by human beings and is therefore subject to human foibles, frailties and imperfections. It has become quite common today to identify Justice Oliver Wendell Holmes as the main precursor of American Legal Realism. For Chinese criminal justice system, it is a new, helpful and realistic topic.

China is a pluralistic society in its transitional period now, and the social conflicts are very serious, which is a big challenge for Chinese criminal justice system. Western legal realists criticize formalism and syllogistic type of trial, look law as a society engine with multiple targets, and pay attention to justice behaviors, disputes resolution and social issues as well. In Chinese circumstance, legal realism does not mean to deny formalism, but mean that we should rationally treat formalism and blend objectivism in it. Moreover, interest balance should be applied in criminal judgments and attentions should be paid to experience summarizing beyond simple deductive reasoning. Legal realism also means that we should focus on turning social justice into reality and constructing a pluralistic disputes resolution mechanism with the litigation system and the alternative one well-connected.

Anyway, legal realism is not a panacea for Chinese criminal judicial reform, but can provide a methodological guidance for it, especially for solving extreme social conflicts and disputes. In a word, it will be a very helpful theory for Chinese criminal justice system in transitional period.

Key Words: legal realism, transitional society, judicial reform, criminal procedure

[57] 相关讨论参见胡铭：《略论刑事诉讼实证研究方法——以经济学实证方法为借鉴》，《清华法学》2011年第1期。